

MEDIDAS DE PROTECCION EN TRIBUNALES DE FAMILIA

**TRANSICION DESDE LA SITUACION
IRREGULAR A LA PROTECCION
INTEGRAL**

SITUACIÓN IRREGULAR /PROTECCION INTEGRAL

- - Menores
 - - Objetos de Protección
 - - Infancia Dividida
 - - Protección que viola o restringe derechos
 - - Incapaces
 - - No importa la opinión del niño
 - - “Situación de riesgo o peligro moral o material” o “Situación irregular”
 - - “Menor en situación irregular”
- Niños ; niñas y adolescentes
 - - Sujetos de Derecho
 - - Infancia integrada
 - -Protección que reconoce y promueve derechos
 - - Personas en desarrollo
 - - Es central la opinión del niño
 - - Derechos amenazados o gravemente vulnerados
 - - Adultos, instituciones y servicios en situación irregular

SITUACIÓN IRREGULAR /PROTECCION INTEGRAL

- - Centralización
 - - Juez ejecutando política social/ asistencia
 - - Juez como “buen padre de familia”
 - - Juez con facultades omnímodas
 - - Lo asistencial confundido con lo penal
 - - “Menor abandonado/ delincuente”
 - - Se desconocen todas las garantías
 - - Imputados de delitos como inimputables
- - Descentralización
 - - Juez en actividad jurisdiccional
 - - Juez técnico
 - - Juez limitado por garantías
 - - Lo asistencial separado de lo penal
 - - Desaparece ese determinismo
 - - Se reconocen todas las garantías
 - - Responsabilidad penal juvenil

SITUACIÓN IRREGULAR /PROTECCION INTEGRAL

- - Derecho penal de autor
- - Privación de libertad como regla
- - Medidas con tiempo indeterminado

- - Derecho penal de acto
- - Privación de libertad como excepción y sólo para infractores/ otras sanciones
- - Medidas por tiempo determinado

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

MIGUEL CILLERO

- Los **derechos del niño - derechos humanos**.
- Derechos humanos fundamento sistema político-social basado en la promoción y garantía del desarrollo de las personas.
- Contenido esencial, sustancia del sistema democrático. Límite infranqueable para cualquier forma de arbitrariedad. Finalidad u objetivo que orienta al conjunto del sistema político y la convivencia social.
- Deber de los Estados **promover y garantizar** su efectiva protección igualitaria. CADH.

- América Latina normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores, es concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención.
- Noción del "**interés superior del niño**".
- **Concepción garantista** que promueva la conciliación entre interés superior del niño y la protección efectiva de sus derechos
- Convención representa un **consenso entre culturas y sistemas jurídicos** de la humanidad en relación a ciertos aspectos esenciales

- **principio del interés superior del niño es identificar este interés con sus derechos reconocidos en la Convención.**
- la protección de los derechos del niño prima por sobre cualquier consideración cultural que pueda afectarlos.
- Reconocimiento de los **niños como personas humanas**
- Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un **conjunto de derechos-garantía** frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un **deber de los poderes públicos** de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla.

- La Convención, opera como **ordenador de las relaciones niño - Estado y la familia**, a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos.

- Respetuosa de la **relación niño-familia**, enfatizando rol políticas sociales básicas y de protección de la niñez y la familia, **limitando intervención tutelar del Estado, última instancia** que supone que han fallado los esfuerzos de la familia y los programas sociales generales.

- En el sistema jurídico nacional; **objetivos** disposiciones relativas a los derechos de los niños son :
- 1.- Reafirmar que los **niños, como personas humanas**, tienen **iguales derechos** que todas las personas;
- 2.- **Especificar** estos derechos para las particularidades de la vida y madurez de los niños;
- 3.- **Establecer derechos propios de los niños** -como los derivados de la relación paterno/filial, o los **derechos de participación-**;
- 4:- **Regular conflictos jurídicos** derivados del **incumplimiento de derechos** de los niños o de su **colisión** con los derechos de los adultos
- 5.- **Orientar y limitar** las actuaciones de las autoridades públicas y las políticas públicas en relación a la infancia.

- Reconocimiento jurídico del "**interés superior del niño**"; "principio" que permita resolver conflictos de derechos.
- Marco política pública que reconozca como objetivo socialmente valioso los derechos de los niños y promueva su protección efectiva, a través del conjunto de mecanismos que conforman las políticas jurídicas y sociales.
- Paradojas de la evolución del derecho de la infancia; en un **primer momento**, se avanzó a través del reconocimiento del **carácter público de la protección de los intereses de los niños, posteriormente; necesidad de limitar las facultades del Estado** para intervenir en los asuntos de la infancia, asunto que ha debido hacerse con especial preocupación en el ámbito de la aplicación abierta o encubierta de mecanismos del sistema punitivo hacia los niños.

- Con la Convención intereses de los niños se convierten en genuinos derechos, podrán oponer sus **derechos como límite** y orientación tanto **de la actuación de los padres, como del Estado.**
- "principios" "estructurantes"- como el de **no discriminación** (art.2), de **efectividad** (art.4), de **autonomía y participación** (arts.5 y 12), y de **protección** (art 3). Estos principios -como señala Dworkin- son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia. Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son **derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos** igualmente reconocidos.

- Artículo tercero de la Convención constituye un "principio" que obliga a autoridades e instituciones privadas a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones
- Los niños tienen derechos que deben ser respetados, tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.
- **"interés superior del niño** en la Convención, como **"garantía"**, entendida ésta última **"como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos"** .
- Principio jurídico garantista que obliga a la autoridad

- **Interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos.**
- **contenido** del principio son **los propios derechos**; interés y derechos en este caso, se identifican.
- Debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior;
- se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia.
- Juez buen padre de familia presentado como modelo en las legislaciones y en la literatura basadas en la doctrina tutelar o de la situación irregular, en que el "interés superior" tiene sentido en cuanto existen personas que por su incapacidad no se les reconocen derechos y en su lugar se definen poderes/deberes (potestades) a los adultos que deben dirigirse hacia la protección de estos objetos jurídicos socialmente valiosos que son los niños.

- **principio como límite al paternalismo estatal**, soluciones no-autoritarias en situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados.
- **Otras funciones del principio:** función **hermenéutica** dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia/adolescencia, permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño.
- **Permite la resolución de conflictos entre derechos** contemplados en la misma Convención, recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto.
- **Prelación de un derecho sobre otro-** ejemplo artículo 9 y 37 de la Convención.

- Debe ser prioridad de las políticas públicas para la infancia: interés del niño e interés colectivo
- **Aplicación** del principio, especialmente en sede judicial, requiere un **análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar** por la resolución de la autoridad.
- Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la **máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos.**
- En cuanto a derechos y responsabilidades de los padres, en relación a la orientación y dirección de sus hijos, tienen por objeto la protección y **desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos.**

El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. (Jaime Couso)

- En la CDN **interés superior del niño es igual al pleno ejercicio de sus derechos.**
- Para determinar **Interés superior de un niño** será determinante la **propia visión del niño**, como **titular de los derechos**, sobre cuáles son sus intereses, o sobre cómo y cuándo quiere ejercer sus derechos. Esto vincula estrechamente este principio con el **principio de autonomía.**
- Si los procedimientos y prácticas concretas aseguran que los deseos y sentimientos del niño ocuparán un rol central en la decisión, entonces esa ley protege derechos.

- La CDN, en su Artículo 5, reconoce lo que Cillero ha denominado el principio de “**autonomía progresiva**” , facultad que se amplía a medida que las competencias del niño se desarrollan, y que va acompañada de la facultad de renunciar a ejercer tal o cual derecho.
- El titular del derecho normalmente puede renunciar al mismo, definición libre de un determinado orden de prioridad de sus intereses, en casos de colisión entre derechos
- Exige mayor protagonismo en la definición de sus vidas conforme a sus preferencias.
- Solo en **casos excepcionales** (para los niños de corta edad), habrá justificación para adoptar **medidas “paternalistas”**

- **Dos exigencias**, para la excepción, la primera señalada por Garzón Valdés, es alguna **incompetencia básica de la persona** y la segunda, es que la **medida** que se adoptará, en todos estos casos, sea **adecuada y necesaria para mejorar las condiciones de autonomía e igualdad del sujeto**.
- **Genera límite a facultades de tribunales**, el **derecho del niño a expresar su opinión libremente y a que ella se tome debidamente en cuenta, de acuerdo a su edad y madurez**, directamente vinculado con el de autonomía progresiva. **Art. 12 CDN**
- **“Formarse un juicio propio”** , amplio sentido, todo niño que puede tener algo relevante que comunicar sobre un asunto que le afectará, incluso a través de formas no verbales.
- Exige contar con una **competencia especial** por parte de quien consulta su “opinión”.

- **“En asuntos que le afecten”**, procedimientos jurisdiccionales ante Tribunales de Familia, consagración de la **garantía del derecho a la defensa**, en su aspecto de defensa material . **Curador Ad-Litem???**
- La **decisión sobre un asunto relevante en la vida de un niño**, sin permitir su participación en la producción de la decisión, implica un acto de **extrema violencia: la violenta experiencia de que su vida se decida por personas que lo conocen y que no demuestran tener interés en tomar en cuenta lo que le pasa.**
- De este derecho a ser oído surgen importantes **estándares y exigencias para las decisiones jurisdiccionales.**
- Conferir un **“especial peso”** a la opinión del niño y a las preferencias expresadas por el, conforme la edad y madurez del niño

- **“Tomar debidamente en cuenta”** esa opinión supone conferirle un **especial peso en el plano sustantivo**, la sentencia, debe dar cuenta de la forma en que el tribunal tomó en cuenta la opinión del niño, confiriéndole ese especial peso protegiendo a la vez su intimidad.
- **Garantía : derecho de los niños a la defensa.**
- Exige que el niño tenga la **posibilidad efectiva de participar en la construcción del caso**, desde sus inicios hasta la sentencia.
- **Defensa jurídica autónoma al niño**, para garantizar su derecho a participar en la toma de decisiones en sede de tribunales de familia
- La garantía de la **defensa técnica** (mediante la designación de un abogado del niño), para asegurar derecho a la defensa material (el derecho a ser oído), reconocido por CDN , y otros instrumentos internacionales de derechos humanos

- **Art. 19** no debiera ser una excepción ya que por definición los intereses de los hijos son independientes de los de los padres
- **Tribunales de familia deberán decretar** (CAJ y demás instituciones habilitadas para ello deberán solicitar, en su caso) designación de un representante al niño, salvo en los casos en que está completamente descartada la existencia de un interés del niño contradictorio o independiente del de sus padres o representantes legales.

¿Se trata a los niños como verdaderos sujetos de derechos en los tribunales de familia?

- Uso de la CDN, **cambio retórico?? cambio en prácticas institucionales???**
O **verdaderas transformaciones de prácticas???**
- Identificar la CDN con una “**doctrina**”, más que con una “**política**”, con objetivos y acciones estratégicas, y recursos destinados precisamente a realizarlas
- Consideración de los niños como sujetos de derechos en los tribunales de familia impone ciertos **costos económicos**
- Costos no deben ignorarse; pero también son una razón para racionalizar el recurso a la instancia jurisdiccional, **privilegiando resoluciones desjudicializadas**, basadas en el acuerdo entre las partes (incluyendo al niño) cada vez que no sea indispensable buscar una decisión de autoridad ante la justicia

- Avance relevante: **separación legal entre el tratamiento delincuencia de adolescentes y las situaciones de amenaza y vulneración de derechos de NNA**. Sistema penal de adolescentes, separado del sistema de protección de derechos de niños y adolescentes, cada uno con autoridades judiciales completamente distintas.
- Avance: **desarrollo de instancias administrativas** nivel local destinadas a **resolver** en forma preferentemente **desjudicializada** las situaciones de desprotección que afecten a los niños. **OPD**
- Es necesario construir un **sistema de protección de derechos coherente**, con objetivos definidos, instrumentos y metas conducentes a esos objetivos, y que articule un circuito en el cual se regule racionalmente los roles de las instancias administrativas (OPD) y de las instancias jurisdiccionales (tribunales de familia)

- La falta de orden y coherencia en las intervenciones de las diversas instancias responde, probablemente sobre todo a la **falta de objetivos de política pública claros**,
- Definidos esos objetivos, es necesario definir la **competencia y las relaciones recíprocas entre las instancias administrativas y judiciales**, los criterios para decretar acogimientos familiares o residenciales provisorios versus permanentes, las decisiones que requerirán acuerdo de los padres y –en su caso- del niño y las que podrán ser decididas por la autoridad sin ese acuerdo,
- en esta tendencia a la **desjudicialización** de la protección a la infancia, definir los criterios para una **despolicialización** de la misma, asociada a una superación de la institución de la “retención” en recintos policiales, que combina no pocas veces la lógica de la protección con la del control
- avance que se esté tendiendo a **superar la lógica de la institucionalización** en el diseño de la oferta programática del Sename que se ofrece a los tribunales para la ejecución de las medidas de protección

- **Otro avance: superar la lógica de la institucionalización en el diseño de la oferta programática** del Sename que se ofrece a los tribunales para la ejecución de las medidas de protección.
- **Disminución en el número de niños institucionalizados.**
- **Creación de programas que intentan reunificar al niño con la familia o programas de familias de acogida (FAE) y, por último, de alternativas residenciales de diseño familiar. (Colocación Familiar).**
- **Permite a tribunales de familia contar con una oferta programática más coherente con la consideración del niño como sujeto de derechos, al que no puede privarse de libertad como estrategia de protección social.**